

Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado

ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES(*)
Procurador de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1 – A importância de discutir a jurisdicionalização da execução penal. 2 – Argumentos contra a tese jurisdicionalista. 3 – O conceito de incidente. 4 – O incidente de execução. 5 – A inexistência de jurisdição na execução penal: posição de Chiovenda. 6 – A execução penal em face de novas tendências na distinção entre atividade jurisdicional e administrativa. 7 – Os sujeitos principais do processo de execução penal. 8 – Os procedimentos principais e incidentais da execução penal. 9 – A adaptação da sentença condenatória às exigências da execução penal. 10 – Limites ao poder de decisão do Juiz da execução penal. 11 – A declaração de extinção da punibilidade pelo Juiz da execução penal. 12 – A estabilidade das decisões que adaptam a condenação às exigências da execução penal. 13 – O encerramento do processo de execução e a extinção da pena. 14 – O poder cautelar geral do Juiz da execução penal.

1. A importância de discutir a jurisdicionalização da execução penal

Surgiram na evolução histórica três correntes principais a respeito da natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo Juiz na execução penal. Segundo a primeira, ele exerceria somente funções administrativas, não agindo na sua missão jurisdicional.⁽¹⁾ Outra orientação, considerando serem dois os aspectos essenciais da execução criminal: a expiação da pena feita intramuros, nos estabelecimentos carcerários, e a processualização dos

(*) Professor de Processo Penal na Universidade de São Paulo – USP.

1. No Brasil, escrevendo antes da atual Lei de Execução Penal, ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA, in: "Estudos de Direito Processual Penal", págs. 57-68, considera ser a atividade judicial de natureza administrativa.

2. É posição que parece ter ainda maior número de adeptos, conforme é possível ver da resenha feita por JOSÉ MARCOS MARRONE: "Há jurisdição na execução penal", págs. 82-96, que, no correr de seu trabalho, evidencia também partilhar dessa orientação. Foi a posição acolhida nas Mesas de Processo Penal da USP, Súmulas 39 a 43, publicadas no livro "Execução Penal, coordenado por ADA PELLEGRINI GRINOVER e DANTE BUSANA", págs. 105-6.

incidentes, conclui que o Juiz tem papel administrativo no fiscalizar e acompanhar os trabalhos desenvolvidos nas penitenciárias, mas nos incidentes profere decisões tipicamente jurisdicionais.⁽²⁾ Mais recentemente, ganha prestígio uma terceira posição: o Juiz, como sujeito principal da relação jurídica processual executiva, exerce atividade de natureza jurisdicional.⁽³⁾

É certo que diminuiu, e de maneira sensível, entre os processualistas a preocupação em distinguir atividades administrativas de jurisdicionais. Foi ela, durante longo tempo, razão de intensos estudos e debates, mas perdeu significativo espaço nas atuais inquietações da doutrina. Reflexo, sem dúvida, de mudança de postura: não constitui mais cogitação primordial dos processualistas a fixação de conceitos, a sistematização, classificação, diferenciação dos institutos, tarefa que se justificou na longa fase de consolidação científica do direito processual e de seu aprimoramento como ramo do saber jurídico; domina agora entre os estudiosos a preocupação em descobrir instrumentos e mecanismos para tornar efetiva a contribuição advinda de suas construções teóricas para a melhor atuação concreta do direito. Ademais, conforme bem salientou Dinamarco, o empenho em diferenciar a atividade jurisdicional da administrativa era ressonância de interpretação ortodoxa da teoria clássica da tripartição dos poderes do Estado, mas, agora, evidencia-se que, na realidade, o poder é um só, sendo "uma inerência do Estado", apresentando-se a jurisdição como "uma das expressões" desse poder.⁽⁴⁾

Mas, apesar disso, entendemos ser ainda relevante examinar o problema da natureza jurídica da atividade do Juiz na execução penal. Não tanto em face de um fatigante objetivo meramente teórico,⁽⁵⁾ mas principalmente em razão de outro mister: evidenciar que a execução penal e jurisdicional representa, antes de tudo, admitir a existência de um processo de execução cercado das garantias constitucionais, marcado pela presença de três sujeitos principais dotados de poderes, deveres, direitos, obrigações e, por conseguinte, implica aceitar que o condenado é titular de direitos. Mais importante, portanto, do que a própria afirmação da jurisdicionalidade da execução é a verificação dos primordiais reflexos decorrentes do fato de ser ela atividade jurisdicionalizada: garantia de um devido processo legal, no qual se assegura o contraditório entre as partes e a imparcialidade do órgão judiciário.

2. Argumentos contra a tese jurisdicionalista

Vários têm sido os argumentos postos pelos que negam ser jurisdicional a execução penal. Foram eles arrolados por Marrone, em interessante artigo a respeito do tema⁽⁶⁾; entre eles, importa destacar os seguintes:

3. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Natureza jurídica da execução penal", págs. 5-13, após arrolar as três correntes, indicando seus seguidores, diz ser "inquestionável a tendência da moderna doutrina processual penal no sentido da jurisdicionalização do processo de execução". No Congresso realizado em Roma no ano de 1991 sobre o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, um dos painéis foi sobre a Exigência de Jurisdicionalização da Execução Penal, sendo que os trabalhos apresentados mostraram essa tendência refletida nas legislações das mais variadas regiões: ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, do Brasil, legislação da América Latina e do Código Tipo (trabalho posteriormente publicado na revista *Fascículos de Ciências Penais*, Fabris, jul-ago 1991, págs. 3-21); ANABELA MIRANDA RODRIGUES, de Portugal, legislação de seus países, e ALFREDO GAITO, da Itália, legislações de seu país e da República de San Marino. Os três trabalhos foram publicados no volume 3, da publicação realizada sobre o Congresso, págs. 385-494.

4. DINAMARCO, A instrumentalidade, n. 15, págs. 160-1, e Execução civil, pág. 61.

5. Bem diz GAITO, L'esecuzione, nota 3, pág. 489, que a execução penal teve "um papel marginal em confronto com o direito penal e o direito processual penal", sendo que o "empenho doutrinário por anos se diluiu na fatigante disputa sobre a natureza administrativa ou jurisdicional do fenômeno".

6. MARRONE, op. cit., pág. 88-91, que menciona argumentos de LEONE, RANIERI, LEONE, SANTORO.

- o juiz, exceto nos incidentes, durante toda execução, exerce apenas atividade de vigilância, de controle sobre os atos da autoridade administrativa, ou toma medidas tendentes a permitir a ressocialização do condenado, atuando enfim o comando emergente, mas não decide, não resolve questões;

- a execução penal é de exclusiva competência do Ministério Público, que, nessa função, age como órgão do Poder Executivo;

- o sentenciado é submetido à execução forçada, sendo obrigado a cumprir a pena independentemente de sua vontade, não lhe sendo em decorrência outorgados direitos subjetivos na execução, e, mesmo que se admitissem alguns direitos, quando deveriam ser reconhecidos, ou quando houvesse de ser resolvida controvérsia a respeito deles, isso aconteceria em um incidente, onde se admite atividade jurisdicional.

- a execução penal difere da civil, porque nesta a vontade do obrigado tem importância, enquanto naquela tudo sucede sem concurso da vontade do condenado ou do interessado.

Todavia, não convencem tais argumentos.

O fato de ser a execução penal forçada não é razão para considerá-la não jurisdicional. Os estudos atuais salientam a superação de conceitos que impediavam ver na execução atividade jurisdicional. Assim, ressalta Dinamarco que "era natural que a jurisdição não poderia abranger as atividades executivas, para juristas ligados a sistemas que considerassem a função jurisdicional como dirigida à justa composição da lide, à aplicação de sanções, à emissão de juízos, à produção de comandos concretos, ao acerto de relações jurídicas, à resolução de controvérsias, à descoberta da verdade (escopos esses que, pelos próprios enunciados, seriam atingidos com o simples processo de conhecimento)"⁷. Outro é agora o entendimento. Admite-se como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto mas também que a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo.⁸ Inexpressiva seria mesmo a função jurisdicional do Estado se, após ser julgada procedente a ação, não pudesse a sentença ser objeto de execução quando não fosse cumprida espontaneamente ou quando, em determinados processos como os criminais, não fosse possível ser imposto coativamente o seu cumprimento. Enfim, o fato de ser o condenado submetido ao cumprimento da pena contra a sua vontade não é motivo para se afastar da execução penal o seu caráter jurisdicional, pois também aqui aparece como atividade tendente a satisfazer o comando emergente do processo condenatório.

Por outro lado, o fato de o Juiz da execução penal exercer vigilância sobre os órgãos administrativos e particulares encarregados de controlar o cumprimento da pena privativa em estabelecimentos penitenciários, de medidas de segurança em hospitais ou casas de tratamento, ou incumbidos de fiscalizar o cumprimento de obrigações impostas ao condenado na suspensão condicional da pena privativa, no livramento condicional, na pena restritiva de direitos, não significa que não exerça atividade jurisdicional. Ainda que não esteja, ao exercer atividades fiscalizadoras, propriamente decidindo, resolvendo questões, estará agindo para que a satisfação do comando condenatório se realize nos limites da lei e da sentença. Estará enfim procedendo em total consonância com o disposto no artigo 1º da Lei de Execução Penal: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Ademais, mesmo que não se visualizasse na ativi-

7. DINAMARCO, Execução civil, pág. 58.

8. Ver sobre esse conceito mais abrangente de jurisdição CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, Teoria Geral do Processo, nº 10, pág. 39, e DINAMARCO, Execução Civil, págs. 57-61.

dade fiscalizatória do juiz caráter jurisdicional, seria ela atuação excepcional, pois a regra é o juiz da execução proferir decisões tendentes a garantir os direitos do preso e a evitar desvios no cumprimento da pena.

Não é mais possível aceitar afirmações de que o condenado não tem direitos, que não pode manifestar a sua vontade, devendo se submeter passivamente à execução da pena. Está ele sujeito à execução forçada, mas não fica entregue aos caprichos e abusos dos órgãos dela encarregados. Anabela Miranda Rodrigues acentua bem que houve contra a situação antes existente "um vasto movimento legislativo", que subtraiu o recluso "ao arbítrio da administração", como é ressaltado por Wurtenberger e H. Muller-Dietz em relação à Alemanha, por Bettiol quanto à Itália e, sobre a França, pelo escrito "Méthodes Modernes de Traitement Pénitentiaire". Continua: "Se bem que o reconhecimento de tal garantia na generalidade dos países seja recente, marca esta tendência um momento de viragem na compreensão da posição jurídica do recluso, ao mesmo que lhe restitui a sua autêntica dimensão de ser humano: o indivíduo recluso torna-se verdadeiro sujeito de direito que lhe demarcam a fronteira da humanidade", sendo que a "humanização de que hoje se fala em direito penitenciário tem a ver, não com o adoçar de costumes e, conseqüentemente, das condições de detenção, outrossim com a afirmação do recluso como sujeito de direitos ou, se preferirmos, como sujeito de execução"⁹.

Já estão em declínio sistemas que não prevêem um juiz ou tribunal de execução penal, e, por isso, o argumento de que a execução cabe exclusivamente ao Ministério Público, se podia antes ter algum significado, agora perdeu inteiramente sua razão de ser.

Na realidade, de todos os argumentos trazidos pelos que negam a existência de atividade jurisdicional na execução penal, só um, pela sua relevância e profundidade, merece ainda estudo mais acurado. Consiste na afirmação de que a atividade judicial na execução penal é de tonalidade administrativa e só tem matiz jurisdicional nos incidentes. Necessário, contudo, para melhor exame dessa afirmação, antes verificar o conceito de incidente processual.

3. O conceito de incidente¹⁰

É preciso distinguir entre três figuras jurídicas: o incidente processual, a questão incidental e o procedimento incidental, tendo havido grande confusão a respeito delas.

A idéia central é a de questão incidental, tendo havido grande confusão a respeito delas.

A idéia central é a da questão incidental, base para a fixação dos outros dois conceitos.

Questão é o ponto duvidoso ou controvertido. Pode haver questão relativa ao direito de ação, questão de ordem processual e questão de mérito.

Questão incidental, por outro lado, é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. É acessória em relação à questão principal, pois depende de que haja processo para existir. Constitui ademais um "acidente" no percurso processual, pois produz mudanças no seu trajeto, ao exigir para sua resolução a prática de novos atos, diversos dos que eram previstos para a sua normal tramitação. Dessa forma, é essencial para uma questão ser incidental que ela ocasione alguma alteração no desenvolvimento do processo, seja um alongamento do procedimento principal, seja a instauração de um procedimento colateral. A questão incidental será o objeto

9. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, op. cit. pág. 434, e notas de rodapé de nºs 19 e 20.

10. As idéias desenvolvidas nesse item representam síntese do que foi exposto em nosso livro: "Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental", Revista dos Tribunais, 1991.

de conhecimento do Juiz, a matéria a ser resolvida. A alteração no processo constituirá ou o "incidente" ou o "procedimento incidental".

A questão incidental pode levar, portanto, ao surgimento de "momento novo" no processo para a sua solução, sem necessidade de instauração de um procedimento colateral. O incidente constitui esse momento novo, formado de um ou mais atos não inseridos na seqüência procedimental, e que serve para a decisão da questão incidental ou, às vezes, tão-somente para o exame dos pressupostos de admissibilidade da questão incidental.

Por outro lado, pode ocorrer que, para a resolução da questão incidental, haja necessidade de procedimento outro, constituído de nova série de atos ou fases, e que se forma ao lado do procedimento principal. Corresponde ao procedimento incidental.

4. O incidente de execução

Quando a doutrina, entre os que defendem a teoria mista, fala em "incidentes de execução", está na realidade querendo dizer "procedimentos incidentais de execução": haveria um processo administrativo de execução, ao lado do qual seriam instaurados procedimentos incidentais jurisdicionalizados.

Com o esclarecimento a respeito dos conceitos de incidente, questão incidental e procedimento incidental e a ressalva acima, verifiquemos se é correta a afirmação de que só existe jurisdição nos incidentes, ou seja, nos procedimentos incidentais.

Essa conclusão não é verdadeira. Há decisões jurisdicionais nos procedimentos principais de execução e nos procedimentos incidentais, o que ficará bem evidenciado no estudo de tais procedimentos a ser feito no item 8.

Mas, tome-se apenas um exemplo referente à execução da pena de multa, prevista nos artigos 164 a 170 da Lei de Execução Penal. Quando o Juiz, após o condenado ter sido citado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora (art. 164), tem diante de si requerimento do condenado, feito com base no artigo 169, para pagamento em prestações mensais e sucessivas, ele proferirá a decisão no procedimento principal, sem necessidade de instauração de procedimento incidental. Cuida-se de decisão prevista pela lei dentro do regular desenvolvimento da relação jurídica processual. Quando muito poderá ocorrer mero desvio do procedimento principal para a realização das diligências previstas no § 1º do artigo 169. Assim, a decisão sobre o pagamento parcelado da multa não é proferida em procedimento incidental, ou, como diz a doutrina correntemente, em incidente de execução penal.

5. A inexistência de jurisdição na execução penal: posição de Chiovenda

Muito se discutiu e escreveu sobre o elemento que caracterizaria a atividade jurisdicional, servindo para distingui-la da atividade administrativa, não sendo aqui o momento de repassar as diversas construções teóricas a respeito¹¹. Predominou no meio jurídico brasileiro a lição de Chiovenda. Segundo o renomado autor, é o caráter substitutivo da jurisdição que a identifica e a diferencia da atividade administrativa. Diz ele que, na jurisdição, o Estado substitui por uma atividade sua a atividade das partes. Essa substituição existiria tanto no processo de conhecimento como no de execução. Aqui, contudo, ensina: "E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só

exequível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade da lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constrianger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida em lugar de outrem.¹²

Assim, segundo Chiovenda, não haveria que se falar em jurisdição na execução penal.

Todavia, a identificação da jurisdição pela "substitutividade" e a forma como é apresentada essa "substitutividade" por Chiovenda constituíram objeto de profundas críticas.

Incisivo Galeno Lacerda, para quem essa "tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiveram por objetivo conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório - ex.: nulidade de casamento), senão que deixa *in albis* também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questões de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do Juiz, como as relativas à competência e suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de "substitutividade" a uma atuação originária, direta e própria das partes".¹³

Dinamarco, por outro lado, ressalta que "a sobrevivência da crença na jurisdição como atividade secundária" representa resíduo de posições privatistas dentro do direito processual, pois isso "só tem sentido quando se cuida de relações jurídicas regidas pela disponibilidade".¹⁴ Depois, dizendo que não parece ter Chiovenda pretendido "associar muito intimamente o caráter substitutivo com o caráter secundário, ou muito menos assimilar o primeiro no segundo (tanto que indica caso de substituição em que visivelmente inexistente o caráter secundário: a separação judicial)", admite a substitutividade "mesmo naqueles casos em que a jurisdição é atividade primária, ou seja, naqueles casos em que se têm as chamadas sentenças constitutivas necessárias (separação judicial, divórcio, destituição do pátrio-poder), nas condenações criminais, etc.: o Juiz substitui alguma atividade dos interessados pela sua, seja porque alguma conduta devida foi omitida, seja porque a lei impede a satisfação voluntária, seja ainda em todos os casos de demandas improcedentes".¹⁵

Na revisão que Zanzucchi, Calmon de Passos e Ovídio Baptista fazem ao conceito de substitutividade de Chiovenda, entendem que ela se revelaria no fato de manter-se o juiz como terceiro imparcial em relação ao objeto do processo.¹⁶ De certa forma, também Cândido Dinamarco parece, em parte, admitir essa idéia; após dizer que a substitutividade "está implícita na afirmação da pacificação e atuação da vontade concreta da lei como escopos da jurisdição", continua: "parece evidente que só se pensa em atuar a vontade concreta da lei, como escopo institucionalizado, enquanto se pensa também em órgãos predispostos a isso, e não nas próprias pessoas envolvidas no conflito (a imparcialidade é elemento que hoje se associa indissolivelmente à jurisdição)".¹⁷

Nesse contexto, levando-se em conta a posição de que a jurisdição, como atividade substitutiva, revela-se não essencialmente com atividade secundária mas imparcial, ela

11. Ver sobre essas teorias, exposição sucinta e crítica de OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, no ponto III, *Jurisdição*, da Teoria Geral do Processo Civil, págs. 35-55.

12. CHIOVENDA, *Instituições*, tradução de MENEGALE, v. 2, pág. 11.

13. GALENO LACERDA, *Comentários ao código de processo civil* (Forense, v. VIII, tomo I, pág. 22).

14. DINAMARCO, *Instrumentalidade*, pág. 58.

15. DINAMARCO, *Instrumentalidade*, pág. 165, nota 11.

16. OVIDIO BAPTISTA, *op. cit.* pág. 47.

17. DINAMARCO, *Instrumentalidade* pág. 165, 166, nota 11.

estará presente na execução penal, assim como está na execução civil. O Juiz deve agir com imparcialidade, buscando que a execução da pena se faça nos limites da condenação e que se concretizem os objetivos da lei. Haverá, em sua atuação, substitutividade na medida em que, ao proferir decisões, imporá a vontade da lei, resolvendo em concordância ou não com o interesse das partes.⁽¹⁸⁾

6. A execução penal em face de novas tendências na distinção entre atividade jurisdicional e administrativa

A verdade é que a doutrina não conseguiu se pacificar e identificar um elemento que, por si só, pudesse satisfatoriamente distinguir sempre a atividade jurisdicional da administrativa. Nem mesmo a imparcialidade, posta para esclarecer melhor a idéia de substitutividade, serve a tal fim, pois difícil dizer, por exemplo, que, nos processos administrativos disciplinares, a Administração possa agir de maneira parcial ao julgar as faltas de seus funcionários, ou mesmo que, certos tribunais, não judiciais, como o Tribunal de Impostos e Taxas ou o Tribunal Desportivo, não devem agir com imparcialidade.

Assim, manifestam-se novas tendências.

Uma delas consiste em apontar um elemento distintivo como principal, mas, ao mesmo tempo, indicar outros que supririam eventual deficiência sua para distinguir, por si só, a atividade jurisdicional da administrativa em determinadas hipóteses. De certa forma, é o que se encontra em Ovídio Baptista, o qual, além do elemento principal da imparcialidade, diz que há outro importante para identificar o ato jurisdicional: "é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo Juiz, que o realiza por dever de função, ou seja, o Juiz ao aplicar a lei ao caso concreto pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto mas a realização do bem comum, segundo o direito objetivo."⁽¹⁹⁾ Na mesma linha, Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que, para a caracterização da jurisdição, bastariam dois elementos extraídos da teoria de Chiovenda, ou seja, a substitutividade e o escopo de atuação do direito: todavia, em seguida, arrolam outras características da jurisdição: lide, inércia, definitividade.⁽²⁰⁾

Ainda começa a se manifestar outra tendência, consistente em distinguir as atividades administrativa e jurisdicional numa perspectiva nova, funcional, mais próxima da visão daqueles que ressaltam a idéia de efetividade do processo. Neste sentido, Dinamarco: segundo ele, o que identifica e distingue a jurisdição é sua destinação aos casos concretos, associada aos objetivos que dela se espera como função do Estado, sendo "estéril e metodologicamente mal endereçada a obsessão pela busca de distinções muito significativas entre a jurisdição e a legislação, ou entre ela e a administração".⁽²¹⁾ De certa forma, assim também Gaito, que, ao examinar a execução das penas privativas e das medidas de segurança em face das normas 96 e 98 da Lei Delegada de 1987, que nortearam a elaboração do Código de Processo Penal Italiano de 1988, enuncia características que seriam essenciais para imprimir a nota de jurisdicionalidade a um modelo legal; para isso deveria ser "caracterizado pela autonomia do Juiz, pela amplitude do contraditório e pelo papel de parte do Ministério Público", e, além de tudo, marcado pela presença de um "Juiz verdadeiramente imparcial".⁽²²⁾

18. Ver, sobre as partes e seus interesses, o item de nº 7.

19. OVIDIO BAPTISTA, op. cit. pág. 47.

20. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, Teoria Geral do Processo, págs. 113-117.

21. DINAMARCO, Instrumentalidade, págs. 165-166.

22. GAITO, op. cit., pág. 473.

Enfim, também nessas perspectivas difícil negar que haja jurisdição na execução penal. A atividade aí desenvolvida pelo Juiz, marcada pela imparcialidade, visa tornar realidade a vontade da lei consignada na sentença condenatória, cumprindo-se assim comando que dela emergiu. É substitutiva, na medida em que sobrepõe a vontade da norma às vontades das partes ou interessados. Funcionalmente, o Juiz age, dentro dos limites da sentença condenatória, para serem atingidos os escopos próprios da execução penal, principalmente o escopo de que o cumprimento da pena seja feito num itinerário crescente de individualização em consonância com os progressos de ressocialização apresentados pelo preso. Visa-se, com essa ressocialização, uma melhor situação para o condenado e também maior proteção à sociedade que não mais se sentiria ameaçada pelo perigo de novos crimes.⁽²³⁾

7. Os sujeitos principais do processo de execução penal

Firmada a posição de que há um processo de execução jurisdicionalizado e admitindo-se que, para a existência de um processo, necessária se faz a conjugação de dois elementos - relação jurídica e procedimento - extrai-se importante ilação: há também no processo de execução uma relação jurídica com três sujeitos principais ligados por vínculos diversos e, necessariamente, um procedimento que se desenvolve em contraditório.

Os três sujeitos principais da relação jurídica são facilmente identificáveis: o Juiz, o Ministério Público e o condenado.

O Ministério Público e o condenado são partes,⁽²⁴⁾ cada um velando por determinado interesse. Quer o primeiro que se efetive o comando da sentença condenatória e que a ressocialização do sentenciado seja feita sem prejuízo à garantia social. O sentenciado deseja que: a execução não ultrapasse os limites do julgado penal e lhe sejam garantidos todos os direitos assegurados pela lei, tais como a progressão da pena, a saída temporária, a frequência a escolas etc..⁽²⁵⁾ O Juiz, de maneira imparcial,⁽²⁶⁾ deve, durante o desenvolvimento da execução, de ofício, a requerimento das partes ou de outras pessoas legitimadas, cuidar para que o processo siga de forma regular, de modo a ser garantida efetiva participação das partes, com observância do contraditório, do direito de defesa, do direito à prova, tudo com o escopo de que, num processo justo, seja cumprida a sentença condenatória e possam ser atingidos os fins objetivados pela lei de execução penal.

8. Os procedimentos principais e incidentais da execução penal

Já lembramos anteriormente que pode haver, no processo de execução, procedimentos principais e procedimentos incidentais. Mais ainda, dissemos no item anterior que a existência de um procedimento principal, ao lado de outros incidentais, é dado essencial para se concluir que existe um processo de execução penal jurisdicionalizado.

23. Não há aqui preocupação de examinar se é possível essa ressocialização; tem-se em conta somente o objetivo fixado pelo próprio legislador no artigo 1º da Lei das Execuções Penais.

24. Sobre o Ministério Público como parte na execução penal, ver o que escrevemos in "Execução Penal. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana", págs. 25-36. Ver também GAITO, pág. 471, que, falando da experiência italiana, salienta "depositário da pretensão punitiva do Estado permanece sempre o MP, ao qual vem atribuída a função de exercitar a ação executiva". Ainda, examinado o Projeto de CPP Tipo para Ibero-América fez o autor italiano questão de salientar que nele se atribui ao MP o papel de parte (págs. 461, 462, 464). Por outro lado, ANABELA RODRIGUES, cuidando do sistema português, diz que constitui o Ministério Público "órgão a quem compete a atividade promotora da execução" (pág. 438).

25. Sobre os direitos do condenado, ver as interessantes considerações feitas por ANABELA RODRIGUES, págs. 434 a 436, onde, após afirmar ser ele sujeito de direito, ou, sujeito de execução, não se justificando qualquer "limitação específica e implícita de direitos fundamentais, à exceção daquele que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto específico respectivo" do recluso.

26. GAITO, com base na Legge-delega de 1987 da Itália, salienta que se prevê "um Juiz verdadeiramente terceiro, como órgão estranho à disputa judiciária".

Nem sempre aparece tão nítido o procedimento principal, e, às vezes, são poucos os atos que o caracterizam.

Verifiquemos, ainda que de forma sucinta, os procedimentos principais na execução das diversas penas e alguns procedimentos incidentais possíveis de ocorrer.

Na condenação por multa, requerida pelo Ministério Público a citação do condenado para pagar ou nomear bens à penhora (art. 164 *caput*) e decorrido o prazo sem pagamento, será realizada a penhora (art. 164, § 1º), seguindo-se segundo o que dispuser a lei processual civil (arts. 164, § 2º e 165). Haverá procedimento incidental na hipótese de conversão da pena de multa em detenção (art. 182).

Na pena privativa de liberdade, o procedimento principal se caracteriza pelos seguintes atos: recebimento da guia de recolhimento (arts. 105 e 106); liquidação da pena e fixação de regime em caso de várias condenações (art. 111); intimação das partes sobre a liquidação; evolução progressiva pelos diversos regimes, sendo que, antes de cada decisão sobre a mudança de regime, deverão se manifestar o Ministério Público e o preso, este através de advogado, e, quando necessário, deve ser colhido o parecer da Comissão Técnica de Classificação e realizado o exame criminológico (art. 112); livramento condicional (arts. 131-148); expedição de alvará de soltura, devido cumprimento ou extinção da pena (art. 109). Procedimentos incidentais possíveis serão os referentes às autorizações de saída (arts. 120-125), remição (arts. 126-130), conversão da pena privativa em restritiva (art. 180), substituição da pena privativa por medida de segurança (art. 183), regressão de regime (art. 118).

Na suspensão condicional da pena privativa,⁽²⁷⁾ o procedimento é bem simples: inicia-se com o registro sigiloso da sentença condenatória com a nota de suspensão e especificação das condições impostas (art. 163 *caput*),⁽²⁸⁾ seguindo-se a intimação para a audiência de advertência, a realização desta (art. 161), e, após decorrido o tempo do período de prova, oitiva do Ministério Público, declaração da extinção da punibilidade referida no artigo 82 do Código Penal, averbação à margem do registro (art. 163, § 1º). Incidentes existirão quando houver revogação da suspensão ou prorrogação do prazo.

Na pena restritiva de prestação de serviços à comunidade, transitada em julgado a sentença condenatória, o processo será instaurado de ofício pelo Juiz da execução⁽²⁹⁾ ou em atenção a requerimento do Ministério Público (art. 147 *caput* da LEP), devendo ele “designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente”, procedendo-se, em seguida, à “intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena” (art. 149, II, da LEP), iniciando-se o cumprimento da pena a partir da data do primeiro comparecimento (art. 149, § 2º), sendo que, mensalmente, o Juiz examinará relatórios encaminhados pela entidade beneficiada com a prestação de serviços (art. 150). Cumprida a pena, será declarada a sua extinção, oficiando-se a entidade perante a qual o condenado deveria comparecer para prestar serviços. Poderão surgir incidentes referentes às alterações nas condições de local e horário de trabalho, ou seja, na forma de cumprimento da pena (art. 148). Ainda, poderá haver incidente de conversão da pena restritiva em pena privativa nas hipóteses do artigo 181, § 1º.

27. O STJ, no REsp 15.239-SP, rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, DJU 16.12.91, disse: “O *sursis*, consoante a reforma penal (Lei nº 7.209/84), deixou de ser mero incidente de execução para ser espécie de pena”. Disso resulta que, atualmente, há um procedimento principal relativo à suspensão condicional da pena privativa, a qual, assim, não mais é objeto de um procedimento incidental formado ao lado do procedimento principal atinente ao cumprimento da pena privativa.

28. Não há recebimento de guia de recolhimento porque o réu não estará preso. Para realização do registro será bastante o encaminhamento ao juízo da execução penal de uma certidão, ou documento equivalente, que contenha a condenação, a suspensão e suas condições.

29. Para que o Juiz da execução instaure de ofício o processo de execução deverá ele receber do Juiz da condenação certidão ou outro documento equivalente que contenha, além da condenação, especificação da pena aplicada e, se fixados, a entidade junto à qual o condenado trabalhará gratuitamente e o horário em que deverá cumprir a pena.

A instauração do processo, em caso de limitação de fim de semana, também poderá ser de ofício ou a requerimento do Ministério Público (art. 147), e, da mesma maneira, será o condenado intimado, dando-se-lhe ciência do local, dia e horário em que deverá cumprir a pena (art. 151), começando o cumprimento da pena a partir da data do primeiro comparecimento (art. 151, § único); segue o processo com o exame mensal dos relatórios encaminhados pelo estabelecimento designado para cumprimento da pena (art. 153). Cumprida a pena, será expedido alvará de soltura, declarando-se a sua extinção. Haverá incidente quando o Juiz modifique a forma de cumprimento da pena (art. 148). Ainda, poderá ocorrer o incidente de conversão da limitação de fim de semana em pena privativa (art. 181, § 2º).

Quanto à pena restritiva de interdição temporária de direito, o processo é instaurado pelo Juiz de execução de ofício ou a requerimento do Ministério Público (art. 147), devendo o Juiz comunicar à autoridade competente a pena aplicada (art. 154 *caput*), procedendo-se à intimação do condenado (art. 154 *caput*). Necessárias serão outras providências conforme a espécie de interdição imposta (art. 154, § 1º e 2º). Poderá acontecer incidente de conversão em pena privativa (art. 181, § 3º).

Na medida de segurança, o procedimento contém os seguintes atos: expedição de guia de internação (art. 171-173), ciência ao Ministério Público da guia (art. 173, § 1º), verificação da cessação da periculosidade após decurso do prazo mínimo (art. 175), com oitiva das partes a respeito do relatório e laudo psiquiátrico (art. 175, I, II e III), decisão de desinternação ou liberação condicional (art. 178 da LEP e 97, § 3º do CP) e, ao final, com novas manifestações das partes, extinção da medida. A sequência exposta pressupõe que haja cessação de periculosidade, mas, se ela não ocorrer após o prazo mínimo, outros exames poderão ser realizados, repetindo-se os atos antes referidos: oitiva das partes a respeito do relatório e laudo psiquiátrico (art. 175, I, II e III), decisão de desinternação ou liberação condicional (art. 178 da LEP e 97, § 3º do CP), manifestação das partes e extinção.

São ainda incidentes da execução penal o excesso ou desvio de execução (art. 185), a anistia e o indulto (arts. 187-193).

É estabelecido um procedimento-tipo para a decisão dos incidentes (arts. 194-197), mas que se aplica também subsidiariamente aos procedimentos principais, em qualquer fase, quando não houver previsão expressa de outro rito. Assim, por exemplo, no procedimento relativo ao cumprimento da pena privativa, nas diversas etapas da progressão de regime, antes de cada decisão judicial deverão ser seguidos os artigos 195 e 196.

O recurso do artigo 197 aplica-se a todas as decisões proferidas pelo Juiz da execução, seja em procedimentos principais ou incidentais.

9. A adaptação da sentença condenatória às exigências da execução penal

Antes, quando se considerava ser a execução penal atividade não jurisdicional, argumentava-se que as decisões proferidas durante o seu curso não faziam coisa julgada material por terem cunho administrativo. Mas, entendendo-se ser jurisdicional essa execução, necessário verificar se as decisões proferidas pelo Juiz nos procedimentos principais ou incidentais poderão produzir coisa julgada. Interessa, contudo, antes aludir à coisa julgada resultante da sentença penal condenatória, a qual, pela sua peculiaridade, permite adaptações durante o processo de execução.

Acentua Ada Pellegrini Grinover que “a sentença condenatória guarda natureza de sentença determinativa: sentença essa que, contendo implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, autoriza o Juiz a agir por equidade, operando a modificação objetiva do julgado

sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas⁽³⁰⁾. Continua a ilustre professora: "A sentença determinativa, que também se encontra no campo não penal, transita em julgado e assume a qualidade própria da coisa julgada; mas, em obediência à cláusula que contém, é suscetível de revisão, nos casos expressamente autorizados em lei, exatamente por obedecer ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus* nele contida. É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da condenação penal passada em julgado, no curso do processo de execução."⁽³¹⁾

Assim, pela sua própria natureza, a sentença condenatória penal será alterável por fatos novos. Mas, como será visto, tais mudanças não incidem sobre a parte declaratória, onde o Juiz afirma a existência do crime, define a autoria, afasta causas excludentes, acolhe agravantes e atenuantes. Ocorrerão somente nos capítulos que consubstanciavam a especificação da condenação imposta ao sentenciado: espécie e qualidade de pena, tempo de prisão, regime de pena, etc... e, assim mesmo, quando não importem em prejuízo ao condenado.

Em suma, pode-se dizer que a sentença condenatória poderá, com restrições, ser alterada durante a execução penal. O comando inicial condenatório pode ser adaptado às exigências de cada fase do processo de execução, ou aos incidentes que eventualmente venham a suceder. Todavia, por decorrência da coisa julgada penal, resultam limites à atuação jurisdicional do Juiz da execução.

10. Limites ao poder de decisão do Juiz da execução penal

A sentença condenatória transitada em julgado fixa os limites decisórios do Juiz da execução penal. Poderá este proferir resoluções que adaptem o comando inicial condenatório às exigências do cumprimento da pena imposta. Excepcionalmente, quando expressamente autorizado por lei, poderá, sem agravar a situação do condenado, emitir ainda decisões que afetem a própria pena; assim, em casos de indulto, graça, unificação de penas, adaptação da lei nova mais benigna. No mais, a coisa julgada penal só será atacável mediante revisão ou *habeas corpus*: não poderá o Juiz das execuções alterar as decisões do Juiz do processo condenatório.

Em síntese: o Juiz pode, como regra, proferir decisões que representem exigências decorrentes do cumprimento da pena, e, excepcionalmente, resoluções que alterem a própria pena imposta. No mais, estará limitado pela coisa julgada.

Gianzi realizou interessante estudo sobre o que pode formar objeto de decisão do Juiz da execução penal⁽³²⁾. Estabelece uma regra geral de que toda questão, em princípio, pode ser proposta, exceto quando atingida pela preclusão ou quando não possa mais ser formulada⁽³³⁾. O principal obstáculo, sublinha o autor, "está na coisa julgada: no sentido que não pode ser contestado, nem mesmo sob outro perfil, aquilo que no período cognitivo foi objeto de decisão"⁽³⁴⁾, e que só pode ser examinado através dos remédios extraordinários de impugnação⁽³⁵⁾. Arrola então as questões que não podem ser resolvidas na

30. ADA PELLEGRINI GRINOVER, Eficácia e autoridade da sentença penal, pág. 7. Cita, ainda, outro trabalho de sua autoria: A nova lei processual penal, págs. 135 e 153 e outros doutrinadores: MARQUES, Elementos, v. 3º, 1962, n° 634; TORRAGHI, Compêndio de processo penal, I, 1967, Rio, pág. 634; CAMPOS BARROS, Direito processual penal brasileiro, I, 1969, S. Paulo, págs. 262 e 263.

31. ADA PELLEGRINI GRINOVER, Eficácia e autoridade da sentença penal, pág. 7.

32. GIANZI, L'incidente nella esecuzione penale", pág. 83 e seguintes. Fala o autor em objeto do procedimento incidental do período executivo. Preferimos, contudo, referir objeto de decisão do juiz da execução penal, mais em consonância com o entendimento exposto no trabalho, em que admite-se a existência de procedimentos principais e incidentais.

33. GIANZI, L'incidente, pág. 83.

34. GIANZI, L'incidente, pág. 84.

35. GIANZI, L'incidente, pág. 84.

execução penal: inerentes à modalidade do fato constitutivo do crime e às circunstâncias agravantes ou atenuantes; relativas à qualificação jurídica adotada na sentença; atinentes à determinação da pena; relacionadas a vícios formais das precedentes fases processuais⁽³⁶⁾; referentes à inadmissibilidade, à decadência pela inobservância de um prazo peremptório⁽³⁷⁾, às condições de punibilidade ou de procedibilidade⁽³⁸⁾; relativa à subsistência de causa de extinção do crime preexistente ao julgado e não levantada em sede de cognição. Também, não seria possível, segundo o citado autor, examinar questão atinente à nulidade da intimação da sentença condenatória ou, em outras palavras, alusivas à validade da passagem em julgado da sentença⁽³⁹⁾. Aqui, contudo, o autor entende que o incidente deveria se prestar à declaração de falta de um título idôneo⁽⁴⁰⁾, pois o incidente é, "ao menos inicialmente, o insubstituível remédio contra uma situação antijurídica"⁽⁴¹⁾.

No sistema brasileiro, como já salientado, as questões vedadas ao exame do Juiz da execução penal, serão propostas em *habeas corpus* ou revisão criminal.

11. A declaração de extinção da punibilidade pelo juiz da execução penal

À luz do que foi visto, interessante verificar, a título de ilustração prática dos limites dos poderes decisórios do juiz, quando pode declarar a extinção da punibilidade.

Segundo o artigo 66, II, da Lei de Execução Penal, tem ele competência para declarar extinta a punibilidade. Mas não diz esse dispositivo quando poderá fazer tal declaração.

A partir das considerações do item anterior, cabível extrair uma regra básica: o Juiz da execução penal só pode declarar a extinção da punibilidade por fatos posteriores à decisão proferida no processo condenatório. Se a causa existia antes da sentença, competente para decidir a respeito seria o Juiz do processo condenatório, ainda que dela não tivesse tomado conhecimento e, por isso, a desconstituição do provimento só poderá ser obtida mediante revisão criminal ou *habeas corpus*.

Há diferença relevante entre uma e outra situação. Caso a declaração venha através de decisão do Juiz da execução criminal por fato posterior ao trânsito em julgado da sentença, esta poderá subsistir, permanecendo seus efeitos penais e extrapenais. Mas, se a declaração for alcançada mediante revisão criminal, com desconstituição da sentença condenatória, esta desaparece, apagando-se também seus efeitos, penais e extrapenais.

Ante o exposto, não pode o Juiz da execução declarar extinta a punibilidade com base nas situações dos incisos IV, V, VI, VII, VIII e IX, do artigo 107 do Código Penal. Em caso de morte (inciso I, art. 107 do CP), quando o evento ocorreu após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pode declarar a extinção da punibilidade; não, contudo, se a morte sucedeu antes, hipótese em que a declaração deverá ser obtida mediante revisão criminal. Quanto à retroatividade da lei que não mais considera o fato criminoso (inciso III, do art. 107 do CP) também importa distinguir: se a lei nova surge após a sentença condenatória ter operado a coisa julgada, cabe ao Juiz da execução penal aplicá-la, sem prejuízo da utilização de *habeas corpus* quando ameaçada ou afetada a liberdade de locomoção; mas, sendo a lei anterior, o próprio Juiz do processo condenatório deve realizar a declaração. Quando, já instaurado o processo de execução, houve anistia, graça ou indulto (inciso II do art. 107 CP) pode o Juiz de execução declarar a extinção.

36. O autor considera o processo de execução como uma fase do processo condenatório.

37. GIANZI, L'incidente, págs. 85-87.

38. GIANZI, L'incidente, pág. 87.

39. GIANZI, L'incidente, pág. 89.

40. GIANZI, L'incidente, págs. 90-2.

41. GIANZI, L'incidente, pág. 92.

12. A estabilidade das decisões que adaptam a condenação às exigências da execução penal

O Juiz da execução penal profere decisões atinentes ao cumprimento da determinada pena e, aqui, como visto, autorizado estará a fazer as necessárias adaptações do comando emergente da sentença condenatória. Quando essa adaptação represente alteração vantajosa para o condenado adquirirá a decisão estabilidade e só poderá ser alterada ante fatos novos e nas hipóteses expressamente previstas.

Dinamarco, falando em recrudescimento das decisões e na estabilidade de seus resultados, acentua que "o grau mais elevado dessa estabilidade reside na coisa julgada material, autoridade que torna imutáveis os efeitos das decisões tomadas, em sede jurisdicional, sobre pretensões sujeitas a exame; e a coisa julgada é particularmente estável, quanto à sentença penal absolutória e, no cível, após o decurso *in albis* do prazo de rescindibilidade." Mas, acrescenta que isso "não significa, todavia, que só se dê o sobredito recrudescimento com relação a essa categoria de decisões. Existem as preclusões, que com intensidade variada atuam em processos de toda ordem". Lembra preclusões na execução civil em relação às decisões interlocutórias; nas decisões a respeito do arquivamento do inquérito policial; nos provimentos gerados em processos administrativos; nas decisões tomadas em sede legislativa.⁴² Menciona também que a preclusão nos processos administrativos "é da mesma ordem da coisa julgada formal que se tem nos processos jurisdicionais, afastando-se porém da coisa julgada material".⁴³

Também as decisões proferidas pelo Juiz das execuções criminais, se em favor do condenado, adquirirão esse recrudescimento ou essa estabilidade durante o processo de execução, só podendo ser revertidas por eventos futuros expressamente previstos em lei, e, de regra, mediante procedimento incidental com garantia de defesa e produção de prova. Assim, por exemplo, se o preso progride do regime fechado para o semi-aberto, só poderá retornar ao regime anterior devido regressão nas hipóteses expressamente previstas em lei (art. 118 da LEP), devendo ser ouvido previamente, exceto quando a regressão decorra do simples fato de nova condenação que torne impossível o seguimento no regime mais favorável (art. 118, § 2º), sendo necessária ainda a observância do artigo 196.

As decisões contra o condenado, que também representem alterações da sentença condenatória ou reversões de vantagens obtidas já no processo executório, não impedem que ele venha a conseguir de futuro novamente o benefício perdido, desde que venha novamente a preencher os requisitos exigidos pela lei. Assim, se sofre uma regressão de regime, nada impede futura progressão, retornando à situação anterior.

Ressalte-se, contudo, que as decisões representativas de alterações sobre a pena imposta na sentença condenatória, excepcionalmente autorizadas ao Juiz da execução penal como as relacionadas com indulto, redução de pena, unificação de penas, adaptação da lei nova, diversas portanto daquelas relativas às adaptações ocorridas no cumprimento de determinada pena, terão maior estabilidade, adquirindo força de coisa julgada material.

13. O encerramento do processo e a extinção da pena

Cumprida a única pena imposta, ou, no caso de várias condenações ou cumulação de sanções, cumpridas as penas, encerra-se o processo de execução. Em alguns casos,

quando o Juiz deve verificar a obediência a condições impostas ou o preenchimento de determinados requisitos, impõe-se a declaração de extinção da pena.

Tem sido praxe o Juiz, em qualquer caso, declarar extinta a pena, e, se não percebida corretamente a natureza dessa declaração, pode ela dar margem a conclusões equivocadas.

Exemplo significativo desse equívoco consistiu em determinado caso concreto ocorrido no Juízo das Execuções Criminais da Capital. Por engano foram declaradas extintas as penas do condenado, determinado-se a expedição de alvará de soltura, quando, na realidade, restavam cerca de oito anos de pena privativa a ser cumpridos. O Promotor de Justiça não recorreu, vindo contudo a descobrir depois o erro, pedindo nova liquidação; o Juiz, contudo, entendeu que a decisão declaratória de extinção das penas fizera coisa julgada material. Recorreu o Promotor de Justiça. O Tribunal de Alçada Criminal, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, por nós elaborado, considerou inexistir coisa julgada, fundando-se em vários pontos. Assim, a Lei de Execução Penal distingue duas hipóteses: uma em que haverá extinção de pena, sendo necessária declaração judicial, e outra de simples cumprimento da pena em que há somente expedição de alvará de soltura e encerramento do processo de execução, tanto assim que, no artigo 109, está consignado: "Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do Juiz, se por outro motivo não estiver preso". Norma semelhante existia no artigo 685 *caput* do Código de Processo Penal. Há, portanto, duas situações distintas: cumprimento de pena e conseqüente liberdade; extinção da pena e conseqüente liberdade. Os casos de extinção de punibilidade, que exigem decisão declaratória, são os do artigo 107 do Código Penal (desde que competente o Juiz da execução penal para a declaração) e outros previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, sendo exemplos: expiração do prazo de livramento sem revogação (arts. 90 do CP e 146 da LEP); expiração do prazo da suspensão condicional sem revogação (art. 82 do CP); concessão de anistia (art. 187 da LEP); concessão de indulto (art. 192). Nestas hipóteses, o Juiz, para decidir, deve verificar o preenchimento de requisitos legais ou o cumprimento de condições estabelecidas, e, por isso, há necessidade de pronunciamento jurisdicional. Já quando é determinada expedição de alvará de soltura em face do cumprimento da pena o Juiz não está decidindo, mesmo porque, dentro do que acima foi salientado, não poderia ele alterar a pena imposta na sentença condenatória, reduzindo-a ou aumentando-a. Não pode, assim, ainda que com anuência das partes, através de errônea declaração de extinção das penas, fazer com que um réu condenado a quinze anos cumprisse, por exemplo, dez anos. Estaria decidindo contra a coisa julgada formada pela sentença condenatória, fora dos limites de sua atividade jurisdicional.⁴⁴

Outra discussão interessante travou-se a respeito da prisão albergue domiciliar. Estando o réu em albergue domiciliar e transcorrido o tempo da pena, o Juiz da Execução Penal em São Paulo a declarava extinta, determinando a expedição de alvará de soltura, sem ouvir o Ministério Público. Este normalmente recorria, sustentando a nulidade da decisão, seja pela falta de oportunidade de manifestação do Ministério Público, seja porque necessário verificar se o condenado tinha cumprido regularmente as condições estabelecidas. Nos Tribunais de São Paulo, contudo, prevaleceu o entendimento de que, cumprida a pena, nada mais podia ser feito, chegando-se a afirmar que a prorrogação de prazo só é possível no *sursis*. Correta, em parte, tal orientação. Cumprido tempo de pena, só restaria mesmo ao Juiz expedir alvará de soltura, porque até então nada indi-

42. DINAMARCO, Instrumentalidade, págs. 126-130.

43. DINAMARCO, Instrumentalidade, pág. 129, nota de rodapé nº 129.

44. O parecer emitido está na revista "Justitia", 52, págs. 176-8, na qual consta que foi acolhido pela Décima Primeira Câmara Criminal do TACrim, relator Gilberto Gama, em 5 de março de 1990.

cava o contrário. Todavia, não serve invocar como fundamento a hipótese de prorrogação do prazo do *sursis*, pois nesta forma de cumprimento de pena ele está solto, submetido a condições, sendo necessária verificação de cumprimento das condições impostas para ser declarada extinta a pena. Aqui, cuida-se de caso de cumprimento de pena privativa em determinado regime, o aberto, assim como poderia o sentenciado resgatar a pena inteiramente em regime fechado ou encerrar o processo no regime semi-aberto. Havendo cumprimento da pena privativa, basta a expedição de alvará de soltura. O Ministério Público não ficará, contudo, impedido de, tendo notícia posterior de fuga do réu – ausência continuada de sua residência, que consistia no local de cumprimento da pena, morando por exemplo fora do País, ou até preso por outro crime – pedir nova liquidação das penas, devendo o condenado cumprir o tempo faltante. Não poderia o condenado, só porque o Juiz determinou a expedição de alvará de soltura, ou disse estarem extintas as penas, deixar de cumprir parte da pena imposta na sentença condenatória.

14. O poder cautelar do Juiz da execução criminal

Deve o Juiz da execução penal ter poderes cautelares para que a pena seja corretamente cumprida, pois só assim poderão ser superadas determinadas situações que podem ocorrer, assim como as que a seguir são referidas.

O condenado, em regime aberto ou semi-aberto, incorre em falta grave, vindo, por exemplo, a cometer novo crime. O Juiz da execução não pode determinar de imediato a regressão de regime, pois há necessidade de procedimento incidental, no qual serão ouvidos o sentenciado, o Ministério Público, e poderá ser admitida produção de prova. Mas, também, não teria sentido deixar o réu na mesma situação, a fim de que, aproveitando-se de sua maior liberdade, possa continuar delinquindo. Vem, por isso, sendo admitida a suspensão provisória do regime, antes mesmo da oitiva do condenado.⁴⁵⁾

O Juiz da execução penal verifica, através de incidente ou por outro meio, que há evidente engano a respeito da pessoa condenada e presa, a qual, sem dúvida alguma, não corresponde ao autor do crime. Imagine-se, por exemplo, caso em que o verdadeiro agente, na realidade desconhecido, usou documentos perdidos pela pessoa presa, assumindo falsa identidade; não houve ademais colheita de impressão datiloscópica que pudesse, de maneira rápida, evidenciar o engano: a situação só poderá ser regularizada através de revisão criminal, com desconstituição do título, ou, em determinados casos mais evidentes, mediante *habeas corpus*, o que acaba implicando o decurso de certo tempo. Presente assim o *periculum in mora*, se provado o *fumus boni juris*, deve o Juiz, usando de seu poder cautelar geral, suspender o cumprimento do mandado de prisão até a decisão do *writ* ou da revisão, evitando-se que venha a ficar presa pessoa errada.

Tanto para a primeira hipótese como para a segunda falta, contudo, dispositivo expresso que permita ao Juiz adotar tais providências. Mas, possível entender que o artigo 66, IV, da Lei de Execução Penal, outorga-lhe, para situações especiais, poder cautelar geral, pois só assim poderá, nos termos do mencionado dispositivo, “zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança”.

No que se refere à hipótese de suspensão provisória do regime mais favorável, há ainda outro ponto em que pode se apoiar o magistrado. A Lei de Execução Penal admite, em seu artigo 145, no caso de livramento condicional, que, praticada outra infração

45. Assim, STJ: RHC 473-SP, 6ª T., 8.5.90, DJU 4.6.90, pág. 5067, relator Carlos Thibau; TJSP HC 121191. Mirabete, Execução Penal, pág. 307, admite que a lei estadual possa prever a sustação ou suspensão provisória do regime aberto, considerando ele ser a providência indispensável “nas hipóteses de planos de evasão, de motim, de outros problemas disciplinares graves, etc.”.

penal, o liberado possa ser preso com suspensão do curso do livramento. Por aplicação analógica, à falta de preceito expresso, serviria esse dispositivo, ante a semelhança de situações, para embasar a suspensão provisória de regime quando o condenado praticasse nova infração penal.

São Paulo, março de 1992

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. – Jurisdição. In: Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre, Letras Jurídicas, 1983. Ponto III, págs. 35-55.
- CHIOVENDA, Guiuseppe – Instituições de direito processual civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo, Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel – A instrumentalidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- , —; GRINOVER, Ada Pellegrini e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- , — - Execução civil. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- GAITO, Alfredo – Esecuzione e giurisdizione. In: Um “Codice Tipo di Procedura Penale per L’America Latina”. Congresso Internacional. Roma, 1991, v. 3, págs. 457-94.
- GIANZI, Giuseppe – L’incidente nella esecuzione penale. Nápoles Morano, 1965.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – Natureza jurídica da execução penal. In: Execução Penal, Max Limonad, 1987; págs. 5-13.
- , —; Eficácia e autoridade da sentença penal. São Paulo, Revista dos Tribunais e Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.
- —; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e SCARANCE FERNANDES, Antonio. A exigência de jurisdicionalização da execução penal. In: Um “Codice Tipo di Procedura Penale per l’ America Latina”. Congresso Internacional. Roma 1991. v. 3, págs. 385-417.
- LACERDA, Galeno – Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. VIII, tomo I.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini e SCARANCE FERNANDES, Antonio. A exigência de jurisdicionalização da execução penal. In: Um “Codice Tipo de Procedura Penale per l’America Latina”. Congresso Internacional. Roma 1991, v. 3, págs. 385-417.
- MARRONE, José Marcos – Há jurisdição na execução penal. In: “Justitia”, São Paulo, jan-mar 1982, v. 44, págs. 82-97.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini – Execução Penal. São Paulo, Atlas, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda – A exigência de jurisdicionalização na fase de execução penal. In: Um “Codice Tipo di Procedura Penale per l’America Latina”. Congresso Internacional. Roma, 1991, v. 3, págs. 419-55.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio – Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.
- , — - O Ministério Público na execução penal. In: Execução Penal. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo, Max Limonad, 1987.
- , —; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio e GRINOVER, Ada Pellegrini. A exigência de jurisdicionalização da execução penal. In: Um “Codice Tipo di Procedura

Penale per l'America Latina". Congresso Internacional. Roma 1991, v. 3, págs. 385-417.

SILVA, Adhemar Raymundo da - Execução Penal. In: Estudos de Direito Processual Penal, Salvador. Livraria Progresso Editora, 1957, págs. 57-68.